

Proceso No 22331

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 008

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil cinco (2.005).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensora de los procesados EVER ZAMUDIO APONTE y ALEXANDER GONZÁLEZ MUÑOZ contra la sentencia del 9 de octubre de 2003, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida el 20 de junio del mismo año por el Juzgado Quince Penal del Circuito de la ciudad, que los condenó a cada uno a la pena de cuarenta (48) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena privativa de la libertad, por hallarlos coautores responsables de las conductas punibles de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 30 de diciembre de 1997 a las 5.25 de la tarde, los patrulleros de la policía nacional David Alfonso González Barba y Víctor Manuel Daza Pérez escucharon varias detonaciones de arma de fuego a la altura de la carrera 75 con calle 5 de esta ciudad, percatándose

en ese momento que un carro de valores era asaltado por varios individuos. La solicitud inmediata de apoyo a otras unidades condujo al cierre de las vías aledañas al sector y permitió que el operativo policial culminara con la recuperación de gran parte del dinero -\$888.000.000-, la retención de los vehículos -dos- y de la moto, la incautación de varias armas de fuego y la aprehensión -entre otros- de EVER ZAMUDIO APONTE y ALEXANDER GONZÁLEZ MUÑOZ.

Con fundamento en el informe de la Policía Metropolitana de Bogotá Departamento de Policía Bacatá Zona Kennedy que daba cuenta de los hechos y dejaba a disposición de las autoridades los bienes recuperados, las armas incautadas y las personas detenidas, el 30 de diciembre de 1997 el Fiscal 326 de la Unidad de Reacción Inmediata declaró la apertura formal de investigación, escuchando el 2 de enero de 1998 en indagatoria a EVER ZAMUDIO APONTE y a ALEXANDER GONZÁLEZ MUÑOZ.

El 20 de enero del mismo año el Fiscal Regional que asumió el conocimiento de la investigación les dictó medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva como autores de los delitos de hurto calificado agravado, porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Luego de recaudada numerosa prueba testimonial a petición de parte y de oficio, efectuadas diligencias de inspección judicial y de reconocimiento en fila de personas y decididas negativamente las solicitudes de libertad y preclusiones de la instrucción elevadas por los apoderados de los procesados, el 13 de noviembre de 1998 se clausuró parcialmente el ciclo investigativo y el 28 de diciembre de ese año la Fiscalía acusó formalmente a EVER ZAMUDIO APONTE y a ALEXANDER GONZÁLEZ MUÑOZ de los delitos por los cuales los había privado de su libertad, decisión que quedó en firme el 13 de mayo de 1999.

Ejecutoriada la acusación, por reparto asumió el conocimiento del proceso el Juzgado Quince Penal del Circuito, cuyo titular en el trámite del juicio negó algunas de las pruebas solicitadas por la defensa en el término de traslado, efectuó la audiencia pública en varias sesiones y dictó la sentencia con carácter condenatorio, fallo que al ser recurrido fue confirmado en su integridad por el Superior, siendo éste objeto de la impugnación extraordinaria.

DE LAS DEMANDAS:

La Sala procederá a hacer un único resumen del cargo segundo de ambas demandas presentadas a nombre de los acusados ZAMUDIO APONTE y GONZÁLEZ MUÑOZ y que fueran declarados ajustados en el auto del 30 de junio de 2004, porque aun cuando su presentación fue individual son sustancialmente idénticos en su enunciación y desarrollo por ser una reproducción exacta del otro, y en cuanto a las pretensiones perseguidas con cada uno de ellos.

Al amparo de la causal primera del artículo 207 de la ley 600 de 2000, se postula en las demandas una violación indirecta de la ley por un error de hecho por falso juicio de identidad en la interpretación de los testimonios de José Antonio Gaona Gaona y Juan Carlos Torra González.

Para su demostración, procede la demandante a transcribir el aparte de la declaración de Gaona citado por el tribunal para advertir que él no señaló a los capturados como las personas que participaron en los hechos, con lo cual se modificó el contenido del hecho consignado en la prueba.

A juicio de la actora lo que hizo el testigo fue describir situaciones y a los autores del punible por las prendas que vestían, luego nunca manifestó que los aprehendidos fueran los mismos que perpetraron el asalto o que los hubiera reconocido físicamente, de modo que la interpretación sobre el hecho es falsa cuando se afirma que con esa

declaración se identificó y reconoció a los inculpados.

Considera que la sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial, porque a un testimonio descriptivo que no contiene suficientes datos acerca de los rasgos físicos de la persona que permitan su individualización, tales como el color de la piel y del cabello, estatura, barba, bigote y posibilidad de reconocerlo en el evento de volverlo a ver, se le convirtió en un reconocimiento cuando esta prueba que hace parte de la misma declaración tiene una ritualidad propia que debe ser respetada.

Idéntico reproche formula a la apreciación que hace el tribunal sobre la versión de Juan Carlos Gaona Gaona, pues luego de reproducir en el libelo apartes de lo que inicialmente dijera y en las ampliaciones posteriores de ella, señala que también es un testimonio descriptivo de prendas comunes de vestir las cuales no permiten identificar o individualizar a una persona.

Para la recurrente se eludió el mandato del artículo 277 de la ley 600 de 2000, al desconocer el fallador su obligación de apreciar el testimonio teniendo en cuenta las circunstancias mediante las cuales el testigo percibió los hechos, la forma como se le mostró a los capturados, la distancia y todos los demás elementos necesarios para hacer una verdadera valoración de él.

Afirma que la sentencia de segunda instancia se sustenta en los dos testimonios que fueron mal interpretados, por lo que de haber sido apreciados correctamente la decisión habría sido la absolución de los inculpados y no su condena, razones que estima suficientes para que se case el fallo impugnado y se dicte el de reemplazo que corresponda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Tercero Delegado advierte que la demandante partió de un supuesto equivocado al considerar que el fallo se estructuró únicamente en los testimonios de José

Antonio Gaona y Juan Carlos Torra, apreciación que desconoce la verdadera configuración de la providencia y que le impide formular una adecuada acusación que lo desvertebre.

Con ese propósito señala que la censora no hizo reparo alguno a las reglas de la experiencia a las cuales acudió el fallador para reconocerle verosimilitud a las declaraciones de los guardas y negársela a las versiones de los inculpados, relacionadas con las condiciones especiales que les atribuyó a las personas que fungen como vigilantes de las empresas de seguridad para individualizar o reconocer a las personas y a la reacción normal del individuo frente a las situaciones de peligro que es la de protegerse y no la de salir a enfrentarlo por simple curiosidad de los hechos.

Asimismo expresa que la recurrente no tuvo en cuenta que en el fallo de primera instancia se aludió al comentario del vigilante Morales que fuera golpeado por los asaltantes lo que le permitió guardar un recuerdo más preciso y detallado del actuar de sus agresores; se consignaron las razones por las cuales no se produjo el reconocimiento de los procesados en una diligencia posterior y se expusieron las razones por las cuales los miembros de la policía procedieron a mostrar a los capturados en forma inmediata a los testigos, aspectos puntuales que tienen que ver con la imputación y con la credibilidad de los demás declarantes, los cuales no fueron discutidos ni objetados en la demanda.

De igual manera no se percató que en la sentencia discutida la perentoriedad con la cual los vigilantes Torra González y Gaona Gaona reconocieron a los atacantes de acuerdo con la actividad desarrollada por cada uno en el asalto, los atuendos que vestían y las características morfológicas generales fue acogida como medio de convicción, ni tampoco que en ambos fallos se hizo referencia al estado de flagrancia permanente en el que fueron capturados los inculpados, establecido mediante el testimonio de los agentes que participaron en el operativo.

Para el Delegado la verosimilitud otorgada a la versión policial en la sentencia, se hace depender del método empleado por los agentes y patrulleros para distinguir a los asaltantes de los desprevenidos transeúntes, porque aun cuando no fueron contestes lo que se está demostrando con ello es su espontaneidad, lo cual puede explicarse en que no todos presenciaron el hecho sino que la información radial fue la que les permitió seguir la secuencia y el operar de los atacantes.

Otro componente del fallo eludido por la censora es el análisis que se hace en él de las declaraciones de los agentes Daza Pérez y González Barba, al concluirse que aun cuando estos no vieron los rostros de los antisociales a pesar de observar los vehículos utilizados en la ejecución del delito, las prendas que ellos vestían y las armas que portaban, si pudieron determinar algunas de sus características con las informaciones de los ofendidos, descartándose de ese modo la supuesta influencia que los mismos habrían ejercido sobre las víctimas.

De otro lado, en la sentencia se establece que el agente Bolívar Morales retuvo a los inculcados por verlos alterados, acalorados y asustados y en cercanías al sitio donde fueron abandonados los vehículos, siendo reconocidos posteriormente en la estación por el escolta del carro de valores, lo cual le permite al Procurador advertir que la argumentación del fallo es lógica y coherente y que la actora no opuso a su estructura ningún ataque para desvirtuar los indicios elaborados por el juez.

Precisa igualmente que en el fallo se construyó el indicio de las manifestaciones posteriores a la comisión del delito y también se ofrecieron las razones por las cuales las versiones de los acusados no merecían credibilidad, de manera que considera desafortunado el empleo del término “reconocimiento” para referirse al señalamiento que hicieron el escolta y los tripulantes del camión, en tanto que se afirma que la captura de los asaltantes fue posible por la descripción de los atuendos que vestían.

Con la advertencia que las pruebas indicadas en la demanda constituyen una sección parcial del recaudo probatorio, el Procurador Delegado pide a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES:

Se denuncia una violación indirecta de la ley sustancial debida a un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de José Antonio Gaona Gaona y Juan Carlos Torra González. Según se advirtiera en el resumen de las demandas, la Sala emprenderá el estudio conjunto del quebranto enunciado como cargo segundo en cada una de ellas dos, dado que son idénticos en su postulación y en su exposición no obstante la presentación individual que se hiciera de ellos.

Con esa aclaración, cabe indicar que la casacionista se equivoca cuando limita las censuras a la decisión del tribunal, porque el desarrollo cabal de las mismas le imponía la obligación de demostrar que el error enunciado es igualmente predicable de la sentencia de primer grado, proceder que inevitablemente conduce al fracaso de ellas.

Pues se tiene dicho que los fallos de primera y de segunda instancia conforman una unidad jurídica inescindible, bajo el entendimiento de que las consideraciones y la valoración probatoria realizadas por el a quo se entienden incorporadas a la del ad quem en todo aquello que no la desvirtúe ni la modifique, aun cuando dichas razones o reflexiones no hayan sido reproducidas en la sentencia acusada.

A pesar de esa conocida conceptualización de la sentencia como unidad jurídica inescindible, la demandante ignoró la argumentación y el análisis probatorio del fallo de primera instancia, sin percatarse que en su motivación se acudió a otros medios de prueba diversos a la prueba testimonial que estima falseada en su contenido literal, para con fundamento en ellos afirmar la responsabilidad penal de los inculpados de modo que el fallo quedaría incólume en caso de haberse demostrado el error reprochado.

Así las cosas, en principio el juzgador singular echa mano de la regla de la experiencia, según la cual los empleados de las empresas de seguridad son personas capaces de reconocer a otra por sus aspectos morfológicos, prendas de vestir, edad, estatura, etc., porque han sido preparados especialmente para enfrentar las contingencias y riesgos que el ejercicio de esa labor les representa, como respuesta a la defensa de los inculpados que alegaban que la situación de violencia a la que se vieron sometidos les había impedido identificar a los asaltantes por su rostro o prendas de vestir, regla que no es discutida en su validez por la actora.

Asimismo se le concede gran valor probatorio a la versión de David Morales Palacios, de quien se dice suministró detalles importantes del actuar de los delincuentes que le permitieron por la inmediatez con que fueron capturados algunos de ellos reconocer a varios por su actividad, facciones y vestuario, sin olvidar que ante la agresión de la cual fuera víctima permaneciera en su recuerdo el agresor; apreciación que no mereció ninguna crítica ni cuestionamiento de la recurrente.

Por lo demás, se explica que el no reconocimiento en fila de personas de los partícipes no constituyó retractación alguna de Morales Palacios, porque la misma se efectuó mucho tiempo después del acontecer delictual, como tampoco que las atestaciones de cargo fuesen amañadas por la supuesta influencia policiva, pues en esa clase de operativos para evitar equívocos en las sindicaciones que puedan afectar la libertad de personas ajenas a los hechos suele permitírsele a la víctima observar a los aprehendidos con esa sola finalidad, pero sin que la misma se tenga como prueba de su reconocimiento, aspectos puntuales que no fueron objeto de controversia en la demanda.

Con fundamento en las circunstancias consignadas en el informe policivo que encuentra ratificado con las versiones del personal que participó en el operativo, se afirma en la sentencia de primer grado que la aprehensión de los inculpados se produjo en situación de flagrancia permanente por razón de producirse luego de la persecución

emprendida en el mismo sector donde acaecieron los hechos, fenómeno procesal respecto del cual no adelanta comentario alguno la demandante a pesar de su importancia probatoria.

En el mismo fallo se explica que las disimilitudes apreciadas en las declaraciones de los uniformados tienen origen en que quienes participaron en el operativo no pertenecían a la misma patrulla ni estaban juntos, sino a destacamentos diferentes y se hallaban cumpliendo diversas labores, aclarándose que sólo una de ellas tuvo percepción directa con los sucesos investigados, por lo cual no podía existir total uniprocedencia conforme a lo reclamado por la defensa, juicio que para la recurrente pasa desapercibido.

Ahora bien, el fallo se apoya en los testimonios de los agentes Daza Pérez y González Barba quienes directamente observaron los vehículos en que se movilizaban los asaltantes, apreciaron las prendas que vestían, las armas que portaban algunos de ellos, admitieron no haber visto sus rostros y afirmaron que fueron los ofendidos los que suministraron algunas de sus características, para concluir que con ellos se descarta la supuesta influencia policial ejercida sobre los testigos para que señalaran a los aprehendidos como los autores, la cual no es controvertida en la demanda.

Por otra parte, se insiste con apoyo en el testimonio del agente Bolívar Morales que a los inculcados se les retuvo porque se encontraban acalorados, asustados y alterados, estado que no es propio de personas que se dicen ajenas a los hechos, y en sitio cercano al de acontecer delictual y al de donde fueron hallados los vehículos.

Para el fallador la experiencia enseña que el instinto de conservación del ser humano lo lleva a protegerse y a rehuir del peligro, por lo cual no halla razonable que los procesados a pesar de los disparos y de los disturbios generados con el operativo salieran a curiosear los acontecimientos, máxima que no es puesta en entre dicho por la

recurrente.

Finalmente adujo el indicio de las manifestaciones posteriores a la comisión del ilícito y expresó que los testigos que declararon a favor de los inculpados no merecían ninguna credibilidad, porque del análisis de sus versiones encontró que no solo faltaban a la verdad sino que se habían concertado para ayudarlos, como también consideró pueriles e inverosímiles las exculpaciones ofrecidas por ZAMUDIO y GONZÁLEZ.

La Sala observa que en la sentencia de primera instancia se hace un estudio serio y coherente de la prueba que culmina con la declaración de responsabilidad penal de los acusados, ignorado por la demandante que creyó cumplir con su cometido encaminando sus reproches únicamente a la de segundo grado, de tal manera que la censura fue parcialmente desarrollada.

Era imprescindible –en la demanda- para la prosperidad de los cargos exponer la incidencia del error en la sentencia una vez demostrado que el fallador falseó en su contenido literal los testimonios de José Antonio Gaona Gaona y Juan Torra González, labor que hacía necesario probar para derruir la doble presunción de acierto y de legalidad del fallo que si no hubiesen sido tergiversados, su apreciación junto con los demás elementos de convicción considerados en la sentencia darían lugar a la absolución de los enjuiciados, porque con ellos se probará plenamente su inocencia o dieran lugar a la duda razonable que impidiera sus condenas.

Sin embargo, la recurrente se limitó a censurar la presunta deformación de los dos testimonios sin hacer esfuerzo alguno por demostrar que ella –la falsedad- trascendía al fallo de primer grado, dejando de lado que integrado a la sentencia de segunda instancia en todo aquello que no la desvirtuara o la modificara, sus conclusiones probatorias se hallaban sustentadas en otros medios de prueba que la dejaban

indemne a pesar de los errores reprochados.

La Sala advierte que la utilización en la sentencia del tribunal de las expresiones “reconocidos plenamente” para referirse al escolta y a los tripulantes del carro de valores como las personas que habían identificado –entre otros partícipes- a ZAMUDIO APONTE y a GONZÁLEZ MUÑOZ por sus prendas de vestir, hábilmente ha sido aprovechada en la demanda para atribuir al fallador el falseamiento del contenido literal de los testimonios de José Antonio Gaona Gaona y Juan Carlos Torra González.

Asistiría razón a la recurrente si no hubiera descontextualizado la afirmación del juzgador, quien apoyado en las transcripciones parciales y pertinentes de los mencionados testimonios vincula dicho reconocimiento con el señalamiento que los citados testigos hicieran de los acusados momentos después de su aprehensión en la estación policial, no por sus rasgos físicos sino por las ropas que vestían, pero de modo alguno con la diligencia prevista en el artículo 303 de la ley 600 de 2000.

Desde esta perspectiva carecen de fundamento los reparos formulados a la sentencia en la demanda, como también las aseveraciones que se hacen sobre los fundamentos probatorios que sustentan la decisión, porque en ella además de la importancia atribuida a los testimonios de Gaona y Torra, se acude a la misma regla de la experiencia tenida en cuenta en el fallo de primer grado para reconocerle verosimilitud al señalamiento que ellos hicieran, se tiene por mendaces a las exculpaciones de los acusados y se otorga plena credibilidad al informe policial ratificado por los uniformados que participaron en el operativo.

Ninguna mención se hace en las censuras a las otras circunstancias probatorias acabadas de reseñar distintas de los multicitados testimonios y tenidas en cuenta por el tribunal para convalidar la condena de los procesados, las cuales también fueron expuestas y valoradas en el fallo del a quo que es –se insiste- complementario de aquel.

En consecuencia, la Sala no casa la sentencia impugnada ante la evidente improsperidad de los cargos propuestos en las demandas.

DE LA DECISIÓN ADICIONAL:

En el auto del 30 de junio de 2004 por medio del cual la Sala inadmitió el cargo primero de las demandas y declaró ajustado el segundo de ellas, también se declaró la prescripción de la acción penal adelantada a los recurrentes como a los no recurrentes por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado que les fuera imputado en la acusación –diciembre 28 de 1998 y mayo 13 de 1999-, disponiéndose que en su oportunidad debía procederse a ajustar las penas por razón de esa decisión.

Sin embargo, ante la decisión adoptada por los falladores de considerar la existencia de un concurso aparente de tipos penales entre los delitos de porte ilegal de armas de defensa personal y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, bajo el argumento de la mayor riqueza descriptiva del último y de la unidad de conducta y de bien jurídico amenazado, la pena impuesta a los procesados se determinó sin tener en cuenta la sanción prevista para el primero.

En esas condiciones, no hay lugar a la readecuación de la pena privativa de la libertad tal como anteriormente se había dicho, pues la misma no fue objeto de incremento por el delito cuya acción penal se declaró prescrita, de modo que al no tener incidencia alguna en ella como se advierte en la sentencia, carece de fundamento jurídico cualquier reajuste que se pretendiera hacer.

En razón y mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria